

ヘイトスピーチの可罰性

中山, 翔太
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/2544145>

出版情報：学生法政論集. 13, pp.29-40, 2019-03-20. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン：

権利関係：

ヘイトスピーチの可罰性

中山 翔 太

【目次】

はじめに

- I いわゆるヘイトスピーチ対策法について
- II ヘイトスピーチ制限は可能か
- III 参議院法務委員会での同法立法に関する議論
- IV ドイツにおける規制現状
- V ヘイトスピーチに関するドイツ判例
- VI フランスにおけるヘイトスピーチ規制
- VII ドイツと日本の相違点・類似点

おわりに

はじめに

2009年12月、京都府の朝鮮第一初級学校の南門に大人が集まり、子供たちがいる学校に向けて聞くに堪えない差別街宣が行われた¹。彼らの主張によると、よってたかって小学生に罵詈雑言を浴びせるのも「表現の自由」なのだという。こうした状況を踏まえて2016年に「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律」（以下ヘイトスピーチ対策法と呼称）が制定されるも、表現の自由への配慮から罰則規定は置かれず、理念法にとどまった。刑罰は最終兵器であるべきとはいえ、上述したような非人道的な事件が起こり得る現代において、罰則を設けないことに対しては、実効性の観点から疑問が残る。差別者の表現の自由が、自己実現や自己統治として保護されるべきであるのと同様に、被差別者の権利もまた保護すべきであるから、より積極的に規制を加えるべきであるというのが私の立場である。そこで、まず表現の自由との対立観点から見て、ヘイトスピーチに対する規制は可能であるのかについて考える。その後、ヘイトスピーチ対

1 「2009年12月午後、「行動する保守」を標榜する団体「在特会」と、その母体といえる「主権回復を目指す会」のメンバー11人が京都朝鮮第一初級学校（当時。現在は他校と統合、移転している。）南門に集まり、およそ1時間にわたって、子どもたちがいる学校に向けて、聞くに堪えない差別街宣を行った。」中村一成「ヘイトスピーチとその被害」金尚均（編）『ヘイトスピーチの法的研究』（法律文化社、2014年）36頁。

策法制定議論から、制定当時の議論として何が問題になったのか、どこに課題があるのかを読み解く。最後に、過去の清算に関して、ヘイトスピーチを厳しく取り締まるヨーロッパのドイツやフランスにおける扇動罪から、比較法的に解決策を考え、今後の展望とする。

I いわゆるヘイトスピーチ対策法について

2016年6月3日制定の「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律」（以下ヘイトスピーチ対策法と呼称）によれば、ヘイトスピーチとは、「専ら本邦の域外にある国若しくは地域の出身である者又はその子孫であつて適法に居住するものに」対して「差別的意識を助長し又は誘発する目的で公然とその生命、身体、自由、名誉若しくは財産に危害を加える旨を告知し又は本邦外出身者を著しく侮蔑するなど、本邦の域外にある国または地域の出身であることを理由として、本邦外出身者を地域社会から排除することを扇動する不当な差別的言動」（法2条）を指し、罰則規定は置かれない。また、「国は、本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組に関する議論を実施し、「地方公共団体が実施する本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組に関する施策を推進するために必要な助言その他の措置を講ずる責務を有する。」（法4条）とあり、罰則規定はないものの行政施策の面から解決に向けて動く方針を宣言している。

ヘイトスピーチは、広く自らの変えられない性質により差別されることを指すが、本稿では、この法律に基づき、専ら本邦外出身者に対する不当な取り扱いを対象とする。

II ヘイトスピーチ制限は可能か

II-1 表現の自由の保障根拠

次に、そもそも日本国憲法のもとでヘイトスピーチを制限すること自体に違憲性はないのかを確認する。表現の自由が手厚く保護される日本において、ヘイトスピーチの制限に違憲性はないのであろうか。

ヘイトスピーチを制限するにあたり、大きく対立するのは憲法21条に保障される表現の自由である。二重の基準論などに代表されるように、表現の自由はそれ以外の権利と比べ手厚く保証されるべき権利だとされている。この根拠としては、主として民主的政治過程の維持を根拠とする議論と、個人の自律及びそれに基づく人格的發展を理由とする議論とが提示されてきた²。

まず民主的政治過程の維持、いわゆる自己統治の価値について、長谷部は「様々な政策、

2 長谷部恭男『憲法 第7版』（新世社、2018年）203頁。

意見、批判、さらに事実の報道により十分な情報を得ることで、市民は議員の選挙など各種の投票や大衆行動などを通じてその意思を政治に反映することが可能になる³とし、ここに自己統治の価値があるとす。しかし、これはすべての人が平等に発言できる空間を前提としているのであって、一部の人々の社会参加を否定するヘイトスピーチについては否定する⁴ことは十分可能である。たとえば、公共の空間においてそれぞれが自由に意見を言い合える場所が存在するとしても、そこに属する在日韓国人がもはや話し合いに平等に参加することが困難になるような言動（例えば自分の所属する民族に対する身の危険を感じるような罵詈雑言など）が存在するならば、この価値は最初から成り立ちえない。これに対しては、市場の原理による反論として、互いに反論しながら悪貨が駆逐されるべきだとの反論もあるだろうが、そもそもヘイトスピーチの対象となる個々人はマイノリティに属することが多いのであって、対抗言論が成り立たない点に問題があるので、この反論は採用できない。

また人格的發展を理由とするいわゆる自己実現の価値について、「憲法は、各個人が理性的に自己の考え方を選択し、それに基づいて自分の人生を生きるという点で平等」であり、そのために自分の考えを「表現する」ことが不可欠であるとされている⁵。この意味では、表現を保護する目的は自己の人格形成にあるので、ヘイトスピーチが人格攻撃を伴うものだとすると、その目的において自己実現からも否定されうる。実際、上記の京都府朝鮮学校事件において、子供に対して人間性を否定するような発言に、表現の自由によって保護すべき自己実現の価値を見いだせるのだろうか、という問題もある。また、現実問題として、ヘイトスピーチを受けた子供たちはPTSDに罹る子も多く、今後の健全な発育が阻害される点で自己実現がなされないのである。

II-2 内容規制と内容中立規制

表現の自由は、その規制方法によって、内容規制と内容中立規制とに分けられる。内容規制は表現する内容によって規制を加えるもの、内容中立規制は表現の所、時、方法によって規制を加えるものを指す。政府の恣意的な言論統制が及びやすい点から、内容規制にはもっとも厳格な審査基準が加えられるとされる。

上述のヘイトスピーチの規制根拠によってもなお、ヘイトスピーチが保護されるべきものであるとするならば、この規制は前者の内容規制にあたる。では、この際に適用される厳格な審査基準とは何であろうか。

長谷部によれば、①「真にやむを得ないcompelling」政府の規制目的の存在、および②

3 同上

4 小谷順子「人種差別主義に基づく憎悪表現（ヘイトスピーチ）の規制と憲法学説」法学セミナー63巻2号（2018年）12頁。

5 長谷部・前掲注（2）204頁。

規制が当該目的の必要最小限度の達成手段として厳密に設定されている（narrowly tailored）⁶ことが必要とされる。①の真にやむを得ない政府の規制目的は、上記のヘイトスピーチ規制根拠に求めることが出来るし、さらに日本は留保を付しているとはいえ、国際社会が人種差別撤廃条約（法4条）の批准を迫っていること自体も規制目的の一つと数えることが出来るだろう。②については具体的な立法内容によるが、①の基準を超えられれば②の基準も超えることは可能であると考ええる。

II-3 定義づけ衡量

以上はヘイトスピーチが表現の自由の一定の保護を受けると仮定した上での議論であるが、ヘイトスピーチには強弱があることは周知のとおりであり、前述した京都府朝鮮学校事件でのヘイトスピーチが「表現」であるとはいいがたいであろう。この点、わいせつ表現や扇動などを表現の自由の保護範囲からあらかじめ外し、厳しい合憲性の審査を不要とする定義付け衡量によっても解決しうるのではないかと思う。日本の判例においては「公共の福祉を害さない程度に」これらの規制が許される。どこからどこまでが保護されるべき表現にあたるか、という定義は困難であるが、特に有害であると思われるヘイトスピーチについてはあらかじめ定義付けをして、厳格な審査から外し、それ以外のものについてはまた改めて審査を加えるという手法も可能ではないだろうかと思う。

以上のことより、ヘイトスピーチが（その強弱はまた別問題として）保護されるべき表現にあたるとしても、もしくはそのような表現には当たらないとしても、日本国憲法のもとにおいてヘイトスピーチを規制する法律それ自体に、即座に違憲性があるとは言えない。

III 参議院法務委員会での同法立法に関する議論

次に、同法が制定される過程でどのような議論、論点があったのかを考えることにより、同法が理念法にとどまった理由を明らかにする。

ヘイトスピーチ対策法が机上に上がった参議院法務委員会においては、当該立法にあたってはまず憲法上の表現の自由の保障をしっかりとしなければいけないという前提に立ち、委縮効果をもたらさないために、あえて禁止に違反した場合の罰則を設けていないという旨の答弁⁷がなされた。委縮効果については、そもそもヘイトスピーチといわれた場合のイメージは出来るが、規制となるとその外延について具体的に見えないため規制がかけ辛い

6 長谷部・前掲注（2）210頁。

7 参議院法務委員会「第190回国会参議院法務委員会会議録第八号」2頁〔西田昌司発言〕（平成28年4月19日）

との発言があり⁸、そもそも何がヘイトスピーチであるかは公権力が認定し規制すべきでなく、司法の分野で判断すべきだと考えているとの陳述もあった。

確かに、公権力が意見表明の内容により規制をかけることには危うさがあるが、罰則がなくとも国家の指針を示した同法にはそれだけで非常に意味があり、これに啓蒙された市民が理解と協力をして、草の根から差別的言動の解消に取り組むという与党側の発言⁹からは、同法成立にあたってはまだヘイトスピーチを楽観的に捉えている態度が窺える。この社会には差別がもはや構造的に組み込まれており、もはや改善のためには差別をしない、自治に任せるというように消極的に差別をしないのではなく、国家が社会の諸活動に積極的に一定介入することが要求されていると考えるべき¹⁰だとすると、これでは不十分である。

IV ドイツにおける規制現状

上述したヘイトスピーチ対策法は近年に制定された法律だということもあり、日本にはヘイトスピーチに関する判例は少ない。そこで、古くからヘイトスピーチに対し刑罰を加える法律を制定しているドイツでの例を検証する。

IV-1 ドイツ刑法第130条の制定史

ドイツにおけるヘイトスピーチ対策法を検証するにあたり、まずそれが制定された背景について概観する。

1945年にナチスドイツが敗戦した後、連合国による戦争犯罪者の処罰が行われることとなった。連合国の戦略としてはドイツ国民全体に責任を負わせるのではなく、一部の指導者に処罰を限定する方針をとり、戦後直後にヤスパースが示した「われわれひとりひとりのドイツ人が何らかの罪を負っている」とする罪責論は、当時の公衆には受け入れられなかった。この時期における「非ナチ化」の規制立法には今のドイツ刑法130条にみられるような刑罰規定は見られなかった。

こうした世情もあり、1949年に実質的にナチス党の後継組織であるSRP（社会主義帝国党）が発足した。50年代初頭には約6000人の党員を抱える組織となり、西ドイツ首相アデナウアーだけでなくイギリス政府の懸念事項でもあった。

また、ユダヤ人大虐殺によって国際的評価を失ったドイツの目下の目標は、イスラエルとの和解であった。イスラエルとの補償協定であるルクセンブルク協定を結んだアデナウ

8 前掲注（6）〔矢倉克夫発言〕

9 同上

10 江橋崇、浦部法穂ほか『差別的表現』は法的に規制すべきか』法律時報 64巻(1992年)〔横田耕一発言〕

アーは、1951年の連邦議会演説で「ドイツ民族の名において筆舌に尽くし難い犯罪が行われた」ことを素直に認め、「ユダヤ人が被った個人的損害だけでなく、所有者がもはや存命しないユダヤ人資産」に対しても「道徳的、物質的保証を行う義務」を負っていると表明し、さらに「第一、ドイツ連邦政府は如何なる形態の人種差別も拒否すること。第二、全国民が人間的、宗教的寛容の精神を身につけること。第三、反ユダヤ主義的な扇動を続ける者に対しては厳しい刑罰を与えること」という三点を強調した。この、自国が犯した犯罪事実の証人とその被害者に対する補償という文脈においてヘイトスピーチへの対策が進められる¹¹。

そして、第二次世界大戦後にドイツ党（D P 党）の幹部だったヴォルフガング・ヘートラーがヒトラー体制の用語、ユダヤ人虐殺を正当化する演説により、当時の階級扇動罪（公共の平穩を乱す態様で、住民の異なる階級を相互に公然と暴力行為へと扇動する者）で起訴されたが、地裁判決により無罪となる事件が起こった。これを端緒として上述する階級扇動罪の改正をめぐる議論が高まる。その後の反ユダヤ主義的落書き事件なども合わせて、1960年に「住民の一部」を攻撃するいわゆるヘイトスピーチに対する規制として階級扇動罪を改正した民衆扇動罪が誕生した。その後、諸々の改正を経て今の刑法130条へと至る¹²。

IV-2 保護法益

以上の法律が保護する法益としては、以下のものがあげられるとされる。まず大きなものとしては公共の平穩がある。これにより侮辱罪の保護法益と異なる点が浮き彫りになる。この公共の平穩について2009年のヴンジーデル決定では、公共の平穩について、意見表明の自由の侵害を正当化するためには広く公共の平穩を捉えるべきではなく限定解釈が必要であるとした。同決定では、公共の平穩の保護は主観的な不安からの市民の保護と解することはできず、「その内容によって明らかに法益を脅かす行為を誘発する発言、すなわち攻撃や法律違反へと移行させるような発言からの保護」を意味する。すなわち、客観的に見ても同行為が公共の平穩を乱すと判断されうるか否かが争点となる¹³。これで表現の自由に配慮する形となった。

また、いわゆる「アウシュヴィッツの嘘」についての保護法益は、これらに加え歴史的事実の保護という保護法益があるとされる。これは前述した公共の平穩に包含される形となった。ヨーロッパにおけるユダヤ人の多くが虐殺されたという周知の事実を考慮すれば、そのような事実の否定によってドイツ人とユダヤ人との平和な共同生活が乱される恐れがあるからである。

11 櫻庭総『ドイツにおける民衆扇動罪と過去の克服』（福村出版、2012年）52頁。

12 鈴木秀美「ドイツの民衆扇動罪と表現の自由—ヒトラー『我が闘争』再出版を契機として」日本法学 82巻3号（2016年）396頁。

13 鈴木・前掲注（11）407頁以下。

また、二つ目に挙げられる保護法益は人間の尊厳である。これは、公共の平穏だけでは処罰範囲が拡大されかねないところを限定的に解釈させる重要な役割を果たすといわれる¹⁴。連邦通常裁が「人間の尊厳への攻撃」に該当するのは「その集団の構成員が人格発展の重要な領域を侵害されるか憲法上の平等原則が軽視されて価値の低い人物として扱われ、共同体におけるその削減不可能な生存権が疑問視されるか相対化される場合」だと判事したこともあり、一見きわめて高度の抽象性を有しているかに見える「公共の平穏」概念とは対照的に、きわめて明確化されている。

IV-3 攻撃の客体・禁止される行為

また、本法が対象とする客体、行為についても概観する。本法は1960年に制定された段階では「住民の一部」をヘイトスピーチの攻撃対象として規定していたが、2011年の改正により「国民的、人種的、宗教的集団、若しくは民族的出自によって定められる集団」とそのような集団に属する「個人」が追加された。

この点日本と異なるのは、日本が「本邦外出身者」に限定したところ、ドイツでは攻撃対象の限定を行っていないという点である。これまでの判例で「住民の一部」として認定されたヘイトスピーチの攻撃対象としては、ユダヤ人の他「ニガー」「有色人種」、特定国出身の外国人労働者、国防軍兵士のような職業上の集団などがある¹⁵。日本ではいまだ「在日」と呼ばれる人々を保護しようという理念規定があるにとどまる中、このドイツ刑法130条は如何なる人種にも対応できるため、未来に向けて広がりを見せているといえよう。

V ヘイトスピーチに関するドイツ判例

V-1 「兵士は殺人者だ」事件

ヘイトスピーチと関連するドイツの判例を見ることにより、ドイツがどのような立場を取っているのか明らかにする。

ドイツでは、1990年代半ば、「兵士は殺人者だ」という言明が侮辱罪にあたるのか激しい議論が展開された。連邦憲法裁判所第一法廷は、1994年、部会の決定によって、「兵士は殺人者だ」というステッカーを自己の所有する車に貼っていたものに対する有罪判決を、先例に照らして明らかに間違っていると破棄した。これは、兵士の名誉との関係で意見表明の自由を重視しすぎているとして、政治家をはじめ世論の激しい批判を受けた。

この点、連邦裁はまず刑法185条が個人の名誉を保護するものであり、基本法5条2項が明文で名誉による意見表明の自由の制約を認めていたとしても、個人的名誉の保護のため

14 櫻庭・前掲注(10) 166頁以下。

15 櫻庭・前掲注(10) 408頁以下。

に意見表明の自由を好き勝手に制約できるわけではないと判事した。「むしろ、立法者は基本法5条2項の権限を行使する際にも、制約される基本権から目を離さず、意見表明の自由に対する過剰な委縮効果を回避しなければならない」とした。

その上で、個別事件のあらゆる状況を考慮してある具体的衡量を不必要であるとした結果、ある言明を誤って形式的侮辱又は誹謗的批判と判断した場合、その点に判決を破棄に至らせる憲法上重大な間違いがある。と判事した。また、言明の全ての法的評価にとって「その意味が正しく理解されたこと」を求め、裁判所は言明の客観的な意味の解明を目指さなければいけないとも判事した。このことにより、「兵士は殺人者だ」という言明について、それらがおよそ兵士一般をさしてなされたものであり、連邦軍兵士のみを指していると解釈するためにはそのための理由付けが必要になるが、それがなされなかったと判断した¹⁶。この方法は、裁判官の恣意的な判断を限りなく低くするという点で非常に大きな意味を持っていると考える。ヘイトスピーチの問題は得てして感情的になりがちであり、その意味からしてもこのような方法を取る点には深い意義があるのである。

ここで登場する「客観的な意味の解明」が民衆扇動罪についても依拠されることとなる。

V-2 「文化部門はユダヤ人男性？」事件

レーゲンスブルク市が公募した文化、法務、環境の専門担当者の人選について、同士で発行されている週刊新聞の一面に「文化部門はユダヤ人男性？」と選出されるものを予測する見出しが掲載された件について、検察はこの見出しが刑法130条1項違反だとしてこの記事を書いた記者を起訴した事件において、第一法廷第一部会の決定は、「文化部門はユダヤ人男性？」という見出しは候補者がユダヤ教徒であることを伝えようとしたともとれるし、その候補者だけでなく全てのユダヤ人が文化部門の専門担当者にふさわしくないということを強調しようとしたと理解することもできるのに、なぜ後者の理解に依拠するのか筋の通った理由付けをしていなかったとして有罪判決を破棄した¹⁷。

以上の判決により注目すべきなのは、合憲限定解釈に近い解釈方法がドイツにおいて用いられているということ、また第一面に掲載されるにはいささか配慮に足りない、無責任な行為であり、裏を返せばユダヤ人の尊厳にかかわるものでも、憲法上問題にするほどではないと判断され得るということである。

また、本件及び前「兵士は殺人者だ」事件において、連邦憲法裁判所は「果たして手段に対する侮辱的表現によって、そもそも集団に属する各人の『個人的』名誉が侵害されたかどうかを審査されなければならない」と判事した。ここで、個人への波及効果を出発点として、集団に対する侮辱罪が成立する集団の概念を次のように定義した。①名指しされ

16 鈴木・前掲注(11)414頁以下。

17 鈴木・前掲注(11)416頁以下。

た集団が区画可能で、見渡すことが出来る集団であること②侮辱的表現が、集団の全ての構成員に共通するメルクマールと結びついていること、③比較的小規模な集団であることの三要件である¹⁸。

このうち、①と③はヘイトスピーチによる被害を受ける範囲を確定するうえである意味明確な基準としての役割を持っていると感じる。この区画の明確性がある初めて、その区画にいる個人個人に波及する影響力がいかほどかを計ることが出来るのである。私個人としては、この個人への波及という概念がヘイトスピーチの本質を深く表しているように感じる。保護法益にある公衆の平穏も、言うまでもなく人間の尊厳も、集団に属する個人がどれほどの波及効果を受けるかをベースとしているからである。何度も言うように明確な定義のできないヘイトスピーチに関して、限定された区画とそれに基づく個人への波及効果は明確性のある程度担保する要素になり得るのではないかと思う。

VI フランスにおけるヘイトスピーチ規制

人種差別規制法第4条(a)(b)について、フランスは解釈宣言をしているものの1971年に加入をしている。¹⁹

これを踏まえて、フランスは1972年に「出版の自由に関する法律」を改正した。これは、法律の名称こそ「出版」であるが、その実は書かれたもの、話されたこと、表現されたものすべてに社会的差別の禁止がなされ、これらが人種差別の扇動、また誹謗、侮辱となされれば、扇動罪や誹謗罪、侮辱罪として処罰される。ここでの成立要件は「出身又はその他の種族、民族、人種又は特定の宗教への所属若しくは日所属」が差別の理由となるときであり、被差別対象者が個人、集団であるかを問わない²⁰。

次に同法の成立過程について。審議の段階において、同法は国会議員、元老院ともに満場一致の可決で通過した。国会議員に提出された法案の報告書によれば、表現の自由との抵触について、人種差別に対する制裁が表現の自由に制限を及ぼそうとも、この障害にたじろがず人種差別撤廃を目指してあらゆる手段、不可欠の措置を講じる。として正当性を主張した²¹。

ただ、ここで着目したいのは、このように具体的に規制行為、客体、刑罰が予定されて

18 上村都「ドイツにおけるヘイトスピーチ規制」駒村圭吾ほか(編)『表現の自由Ⅰ—状況へ』(尚学社、2011年)486頁以下。

19 外務省「あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約 締約国一覧」
<<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jinshu/table.html>>(最終閲覧2018.11.30)

20 林 瑞枝「フランスの人種差別禁止法と表現の自由」
<http://www.blhrii.org/old/info/book_guide/kiyou/ronbun/kiyou_0059-02.pdf>17頁(最終閲覧2018.11.30)

21 江橋・前掲注(9)18頁。

いるフランスにおいてもなお、かの有名な「シャルリーエブド誌」²²が世間的に認められている点である。シャルリーエブド襲撃事件は確かに言論及び表現の自由の重大な敵ではあるが、フランス国内で巻き上がる議論は自由をいかに守るかであり、そのヘイトスピーチ的な側面については語られないように感じる。国民性の違いはあるにしても、「ヘイトスピーチ規制は表現の自由を大きく圧迫する」という言説への反証となるのではないだろうか。

Ⅶ ドイツと日本の相違点・類似点

以上に挙げたドイツ刑法第130条と日本のヘイトスピーチ対策法の相違点は、まず保護の客体として住民の一部および国民的、人種的、宗教的集団、若しくは民族的な出自によって定められる集団をドイツが想定しているものの、日本では本邦外出身者を対象としている点である。ドイツ刑法が刑法第130条を改訂するにあたり「一部の住民のみに限定すると逆差別となる恐れがある」²³と議論したのを踏まえると、日本はまだ議論が発展していないことが窺える。たとえばLGBTの問題や、ドイツの例を日本風に用いていけば、自衛隊に対するヘイトスピーチに対しても対策法が開ける可能性を残している。

また、規制行為を「本邦外から排除することを扇動する」行為だとする日本法に対し、ドイツ刑法130条は地域社会からの排除は必要とせず、結果として（蓋然性も含め）公共の平穏を乱し得る行為であれば、規制しようとされる。これはこれらの法律が制定されてきた歴史、またそれぞれの国の現状にも依拠するのだろうが、罰則がついているドイツ刑法のほうがより広い範囲を対象としていると言えよう。この点日本は、上にあげるような京都府朝鮮学校事件において、国へ帰れと扇動しなければ期待される本法案が適用されない可能性があり、この点は改正すべきだと思われる。

日本のヘイトスピーチ規制現状は、表現の自由を狭めうるヘイトスピーチ対策法に対して、委縮効果を懸念し法律の制定段階からヘイトスピーチ対策法が表現の自由に道を譲る形となっているが、「兵士は殺人者だ」事件にもみられるように、ドイツ刑法はその裁判内において表現の自由との折り合いをつけようとしている点にも違いがみられる。上記に挙げたように、日本の対策法とドイツ刑法が対象とする行為、客体に明確さにおいてほぼ差がないのならば、後に審査の段階において表現の自由を救済しようとするドイツのほうが、罰則規定を置かない日本より表現の自由に配慮している、とさえ言えよう。

22 フランスの週刊新聞。挑発的な誇張された風刺画を用いて、一部の人種に対して非難を加えることで有名。

23 鈴木・前掲注(11) 409頁。

おわりに

以上を踏まえ、ドイツの刑法第130条は規制されうる行為の明確性が高いわけではなく、というよりもむしろ規制法の必要性に駆られて制定した法律に、後から抜け道を作り表現の自由に道を譲っていく方式を取っているのではないかと考えた。確かに表現の自由は委縮しやすく、規制については慎重にならなければいけないが、ドイツのように審判の段階で判例や審査に合わない者は有罪としない方式によって幾分か委縮効果が低減されるのではないかと思う。フランスの例からは、もはや一定程度の対策法では罰則を付けていても十分に対応できない、とさえ評価できる。

今日の議論状況を俯瞰するに、やはりヘイトスピーチを明確に定義することは困難であり、そうした状況で法務委員会において、与党がとった「外延が明確でないから罰則を設けないという」姿勢は正しくないと考える。上述した朝鮮学校でのヘイトスピーチのようなことが起こり得る現代においては、やはり罰則付きの法律の制定が急務である。であるとするならば、ドイツのように罰則付きの法律自体は制定し、その審査段階において表現の自由に道を譲るあり方が現状に即しているのではないか。

もちろん、刑罰が国家のリーサルウェポンであることを考えると、ヘイトスピーチ対策法の後半部分にあるように、各種地方公共団体の取り組み、教育により草の根からも改善していくべきだと思う。しかしドイツの例に習い、現状や歴史から法律を考えるのであれば、上記朝鮮学校においてヘイトスピーチを行った在特会のような組織を念頭において、もはや教育では立ち行かないところまで来ていると判断するのも可能であろうと思う。

参考条文

ドイツ基本法第5条

- 一 各人は、言語、文書及び図画をもって自由にその意見を表明し、及び流布し、及び一般にアクセス可能な情報源から妨げられることなく知る権利を有する。出版の自由及びフィルムによる報道の自由は、保証される。検閲は行われない。
- 二 これらの権利は、一般的法律の規定、少年保護のための規定、及び個人的名誉権によって制限される。

ドイツ刑法第130条

第一項 公共の平穏を乱すのに適した態様で、

- 一 国民的、人種的、宗教的集団、若しくは民族的出自によって定められる集団に対して、住民の一部に対して、若しくはある個人が上で挙げた集団や住民の一部に属することを理由にしてその者に対して、憎悪をかきたてるもの、暴力的措置をとるよう扇動する者、

若しくは恣意的措置をとるよう扇動する者、又は

二 上で挙げた集団、住民の一部、若しくはある個人が上で挙げた集団や住民の一部に属することを理由としてその者を、罵倒し、悪意を持って侮辱し、若しくは中傷することにより、他人の人間の尊厳を攻撃する者は、二月以上五年以下の自由刑に処せられる。

第二項

一 以下の内容の文書（十一条三項）を、頒布し、公衆の接近を可能にし、若しくは十八歳未満の者に以下の内容の文書（十一条三項）を提供し、渡し、若しくは目に触れうる状態にした者、

a 第一項第一号に掲げる集団、住民の一部若しくは個人に対して、第一項第一号に掲げる集団若しくは住民の一部に属することを理由にして憎悪をかき立てること、

b aに掲げる者若しくはその多数に対する暴力的措置若しくは恣意的措置をとるよう扇動すること、

c aに掲げる者若しくはその多数の人間の尊厳を、罵倒し、悪意を持って侮辱し、若しくは中傷することにより攻撃すること、

二 一号 a から c に掲げる内容を放送若しくはテレメディアによって十八歳未満の者若しくは公衆の接近を可能にした者、又は

三 一号 a から c に掲げる内容の文書（十一条三項）を作成し、調達し、交付し、保管し、提供し、宣伝した者、若しくは、一号若しくは二号の意味における文書若しくはその一部を利用し、若しくは他者にその利用を可能にするため、当該文書を輸入し若しくは輸出しようとした者

は、三年以下の自由刑又は罰金刑に処せられる。

第三項 国家社会主義支配のもとで行われた、国際刑法典第六条一項で掲げられている種類の行為を、公然と又は集会において、公共の平穩を乱すのに適した態様で、是認し、その存在を否定し、又は矮小化する者は、五年以下の自由刑又は罰金刑に処せられる。

第四項 公然と又は集会において、国家社会主義の暴力的支配及び恣意的支配を是認し、賛美し又は正当化することにより、その犠牲者の尊厳を侵害する態様で公共の平穩を乱す者は、三年以下の自由刑又は罰金刑に処せられる。

第五項 第二項第一号及び第三号は、第三項及び第四項に掲げる内容の文書（第十一条第三項）にも妥当する。第三項及び第四項に掲げる内容を放送又はテレメディアによって十八歳未満の者又は公衆の接近を可能にした者も、第二項第二号により処罰される。

第六項 第五項の場合も含めて、第二項第一号及び第二号の場合、未遂も処罰される。

第七項 第五項の場合も含めて、第二項の場合、並びに第三項及び第四項の場合には、第八十六条第三項が準用される。